

ECLI:NL:GHSHE:2020:2974

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	29-09-2020
Datum publicatie	30-09-2020
Zaaknummer	200.264.417_01
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Verbintenissenrecht. Financieel consumentenrecht. Hypotheekadvies. Afwijken hypotheekadvies door bij verkoop oude woning het tegoed op de bankspaarrekening niet in te brengen in nieuwe bankspaarrekening. Nadeel niet toe te rekenen aan tekortkoming van hypotheekadviseur.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl VFP 2020/95

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.264.417/01

arrest van 29 september 2020

in de zaak van

**1 [appellante] ,
en**

2. [appellant],
beiden wonend te [woonplaats] ,
appellanten,
hierna aan te duiden als [appellanten] ,
advocaat: mr. dr. J.P. Quist te Vlissingen,

tegen

[geïntimeerde] ,
handelend onder de naam De Hypotheker,
wonend te [woonplaats] ,
geïntimeerde,
hierna aan te duiden als [geïntimeerde] ,
advocaat: mr. L.K de Haan te Rotterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 22 juli 2019 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 24 april 2019, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, gewezen tussen [appellanten] als eisers en [geïntimeerde] als gedaagde.

1 Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/348148 / HA ZA 18-528)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep
- de memorie van grieven met drie producties
- de memorie van antwoord met tien producties
- de akte van [appellanten]
- de antwoordakte van [geïntimeerde]

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De feiten

In dit hoger beroep gaat het hof uit van de feiten die de rechtbank heeft vastgesteld in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.8. Voor zover relevant vult het hof de opsomming aan met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan.

- 3.1. [appellanten] hebben ieder een (aandeel in een) eigen woning gehad, voor de financiering waarvan zij hypothecaire leningen hadden afgesloten. Aan deze leningen waren bankspaarrekeningen verbonden (bankspaarhypothek). In maart 2014 hebben zij zich gewend tot [geïntimeerde] voor de financiering van een aan te kopen woning aan de [adres 1] te [plaats] . Op 5 maart 2014 hebben partijen een overeenkomst gesloten op grond waarvan [geïntimeerde]

[appellanten] zou adviseren over hun hypothecaire leningen en het aanpassen daarvan zou begeleiden, tegen een vergoeding van € 3.490,00.

- 3.2. Van de overeenkomst maken algemene voorwaarden deel uit. De algemene voorwaarden luiden onder meer:

Artikel 3 Gegevens en informatie

- 3.1 De Hypotheker is slechts gehouden tot (verdere) uitvoering van de Opdracht indien Cliënt alle door De Hypotheker verlangde gegevens en informatie, in de vorm en op de wijze als door De Hypotheker gewenst, heeft verstrekt.
- 3.2 Cliënt is gehouden De Hypotheker onverwijld (ongevraagd) te informeren omtrent feiten en omstandigheden die in verband met de uitvoering van de Opdracht van belang kunnen zijn.
- 3.3 Cliënt staat in voor de juistheid, volledigheid en betrouwbaarheid van de door of namens hem aan De Hypotheker verstrekte gegevens en informatie,
- 3.4 Indien de door Cliënt verschafte informatie niet tijdig verstrekt, niet deugdelijk of niet volledig is, is De Hypotheker gerechtigd de Dienstverlening op te schorten.

Artikel 4 Uitvoering van de Opdracht

(...)

- 4.2 De Hypotheker zal de Dienstverlening naar beste vermogen en als een zorgvuldig handelend beroepsbeoefenaar uitvoeren. De Hypotheker kan evenwel niet instaan voor het bereiken van enig beoogd resultaat.

Artikel 8 Aansprakelijkheid

(...)

- 8.3 De Hypotheker is jegens Cliënt in alle gevallen uitsluitend aansprakelijk voor een tekortkoming in de uitvoering van de Opdracht voor zover de tekortkoming bestaat in het niet in acht nemen van de zorgvuldigheid en deskundigheid waarop bij de uitvoering van de Opdracht mag worden vertrouwd. De Hypotheker is evenwel niet aansprakelijk voor:
- a) bij Cliënt of derden ontstane schade die het gevolg is van de verstrekking van onjuiste of onvolledige gegevens of informatie door Cliënt aan De Hypotheker of anderszins het gevolg is van een handelen of nalaten van Cliënt;
- (...)

- 3.3. Bij brief van 12 mei 2014 heeft [de naamloze vennootschap] door bemiddeling van [geïntimeerde] een offerte aan [appellanten] uitgebracht voor een zogenoemde [de naamloze vennootschap] Compact Hypotheek. Het betreft een hypothecaire lening die bestaat uit drie leningdelen, te weten:

- € 100.000,00 als SpaarGerusthypotheek ([leningdeel 1])
- € 183.750,00 als SpaarGerusthypotheek ([leningdeel 2])
- € 30.000,00 als aflossingsvrije hypotheek ([leningdeel 3])

In de offerte zijn onder 9b. onder het kopje 'Aflossing' bankspaarrekeningen van [appellanten] genoemd.

De bankspaarrekening van [appellant] was verbonden aan leningdeel [leningdeel 1] en had als doelkapitaal € 100.000,00.

De bankspaarrekening van [appellante] was verbonden aan leningdeel [leningdeel 2] en had als doelkapitaal € 183.750,00.

Als beoogde datum van waarde-inbreng ten aanzien van de bankspaarrekeningen is 14 juli 2014 vermeld en als beoogde in te brengen waarde voor [appellant] € 14.250,00 en voor [appellante] €

28.000,00.

Daarbij is ten aanzien van de bankspaarrekening van [appellante] onder meer vermeld:

U hebt aangegeven uw bestaande polis/rekening fiscaal geruisloos in bovengenoemde bankspaarrekening te willen voortzetten. Een fiscaal geruisloze voortzetting dient te voldoen aan fiscale spelregels. Wij behandelen de voortzetting op basis van de door u en de door de overdragende Maatschappij te verstrekken gegevens. (...)

Bij de berekening van de inleg per maand is uitgegaan van de door u verstrekte gegevens met betrekking tot uw bestaande polis/rekening en dat uiterlijk op 1 juli 2014 het bedrag van EUR 28.000,00 van een nu nog lopende polis/rekening is ingebracht in de bankspaarrekening met nummer [bankspaarrekening 1] .

(...)

Let op:

U dient zelf de overdracht bij uw Maatschappij/Bank aan te vragen. Neem hiervoor contact op met uw adviseur. De inleg per maand, de ingangsdatum en de looptijd van de bankspaarrekening worden definitief vastgesteld nadat Cooperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. (Rabobank Nederland) de definitieve gegevens en het opgebouwde bedrag van de overdragende Maatschappij/Bank heeft ontvangen.

Tot het moment dat het bedrag dat is opgebouwd is gestort op de bankspaarrekening met nummer [bankspaarrekening 2] zal er geen inleg plaatsvinden op de hiervoor genoemde bankspaarrekening.

Indien de definitieve gegevens van de bestaande polis/rekening en/of het bedrag dat is opgebouwd niet tijdig (binnen 6 maanden na het passeren van de hypotheekakte of na de wijziging van uw aflosvorm) door Cooperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. (Rabobank Nederland) zijn ontvangen of deze naar het oordeel van [de naamloze vennootschap] niet voldoen aan de door de wet gestelde fiscale voorwaarden voor fiscaal geruisloze voortzettingen, dan zal het leningdeel met nummer [leningdeel 2] omgezet worden in een Annuïteitenhypotheek. (...). Indien een (deel van) uw lening is omgezet in een Annuïteitenhypotheek, dan kunt u een later moment in overleg met uw adviseur uw hypotheek omzetten naar een SpaarGerusthypotheek tegen de dan geldende voorwaarden.

Een grotendeels gelijklopende tekst is opgenomen ten aanzien van de bankspaarrekening van [appellant] .

3.4. [geïntimeerde] heeft op 23 juni 2014 een zogenoemd Persoonlijk Financieel Plan voor [appellanten] opgesteld. Het plan bevat in bijlage 3 een maandlastenoverzicht en verder een totaaloverzicht hypotheeklasten. In beide overzichten is ook een storting in het jaar 0 van € 42.250,00 opgenomen.

3.5. Bij brief van 1 augustus 2014 heeft [de naamloze vennootschap] aan [appellanten] onder meer meegedeeld:

U hebt een aanvraag gedaan om een bestaande polis/rekening fiscaal geruisloos voort te zetten in een nieuwe bankspaarrekening. Op dit moment zijn de definitieve gegevens van de bestaande polis/rekening en/of het bedrag dat is opgebouwd nog niet ontvangen. In deze brief leest u wat u moet doen.

(...)

Wat moet u doen?

- Het "Overdrachtsformulier" moet door uw Maatschappij/Bank zijn opgesteld en ondertekend. In dit document staat dat de Maatschappij/Bank het bedrag overmaakt op uw nieuwe bankspaarrekening.
- Het bedrag dat u heeft opgebouwd in uw bestaande polis of rekening moet zijn overgemaakt.

Neem contact op met uw adviseur om dit af te handelen.

- 3.6. Bij e-mail van 12 september 2014 heeft [medewerkster van geïntimeerde] , een medewerkster van [geïntimeerde] , aan [appellanten] onder meer het volgende meegedeeld:

Indien de woningen niet op korte termijn verkocht worden kan de fiscaal geruisloze voortzetting van de poliswaarde (vanuit de oude hypotheek) niet verwerkt worden. Volgens de voorwaarden dient de overhevelingswaarde uiterlijk 15 november bij [de naamloze vennootschap] binnen te zijn. Gezien het feit dat de woningen nog niet verkocht zijn is dit niet te realiseren.

[de naamloze vennootschap] zal dan eind oktober een omzettingsofferte sturen waarbij de leningdelen worden omgezet naar annuïtair. Op het moment dat de woningen verkocht zijn en de waarde uit de polis vrijkomt kan er weer een omzettingsverzoek naar de huidige situatie aangevraagd worden bij [de naamloze vennootschap] . Over dit traject zullen wij u eind oktober nader informeren.

- 3.7. Omdat de woningen van [appellanten] niet waren verkocht, zijn de leningdelen die betrekking hadden op een bankspaarhypotheek in november 2014 omgezet in annuïteitenleningen. [de naamloze vennootschap] heeft [appellanten] bij brief van 17 november 2014 bevestigd dat zij de offerte daartoe hadden geaccepteerd.
- 3.8. [geïntimeerde] heeft daarna herhaaldelijk aan [appellanten] gevraagd naar de ontwikkelingen met betrekking tot de verkoop van hun woningen.
- 3.9. De woning van [appellante] is in 2015 verkocht en op 30 november 2015 aan de koper overgedragen. [appellante] heeft in verband daarmee van Rabobank een brief ontvangen over de bankspaarrekening.
- 3.10. Bij e-mail van 4 januari 2016 heeft [medewerkster van geïntimeerde] aan [appellanten] onder meer meegedeeld:

Het is inmiddels weer enige tijd geleden dat wij contact hebben gehad.

Graag verneem ik of er al verkoopontwikkelingen zijn.

[appellante] heeft op dezelfde dag bij e-mail geantwoord:

Ik wilde net deze week contact gaan opnemen omdat per 1 december mijn huis in de [adres 2] verkocht is.

Zijn er verder gegevens die u nodig heeft hierover?

- 3.11. Eveneens op die dag heeft [appellante] een door Rabobank toegezonden formulier over de bankspaarrekening ondertekend en aan Rabobank toegezonden. Dit formulier luidt onder meer:

Formulier Afwikkelen Rabo Opbouw/Spaarrekening/Rabo OpbouwEffectenrekening

(...)

Beëindigen Rabo Opbouw Spaarrekening/Rabo Opbouw Effectenrekening

De rekeninghouder verklaart hierbij de Rabo OpbouwSpaarrekening/Rabo OpbouwEffectenrekening te willen beëindigen. (...)

Het totale tegoed op de Rabo OpbouwSpaarrekening (na de verkoop van evt. beleggingen) dient door de bank te worden overgemaakt naar een privérekening. De rekeninghouder geeft hierbij de bank opdracht en volmacht daartoe.

(...)

Het totale tegoed op de Rabo OpbouwSparrekening (na de verkoop van evt. beleggingen) dient door de bank te worden overgemaakt naar een andere financiële instelling. De rekeninghouder geeft hierbij de bank opdracht en volmacht daartoe.

(...)

[appellante] heeft aangekruist dat de rekening moest worden beëindigd en het tegoed naar haar privérekening moest worden overgemaakt.

3.12. Bij e-mail van 13 januari 2016 heeft [medewerkster van geïntimeerde] in reactie op de e-mail van [appellante] van 4 januari 2016 aan [appellante] meegedeeld:

Ik heb enkele vragen

1. Wat wil je met het opgebouwde kapitaal op de OpbouwSparrekening bij de Rabo
- inlossen op de lening bij [de naamloze vennootschap]
- anders ...
2. Wat is het saldo op de Opbouwspaarrekening

[appellante] heeft op dezelfde dag bij e-mail geantwoord:

Ik heb vorige week papieren gehad van de rabobank met de vraag wat ik wilde met het opgebouwde bedrag van ongeveer 33.000 euro van de rabo opbouwspaarrekening. Deze heb ik naar mijn persoonlijke rekening laten uitkeren gezien we het geld straks ook nodig hebben voor verbouwing thuis.

Ik heb het huis destijds gekocht voor 190.000 en verkocht voor 159.500 dus ben er verder niet op vooruit gegaan.

Heeft de verkoop van mijn huis verder nog invloed op onze hypotheek nu?

Daarop heeft op dezelfde dag [medewerkster van geïntimeerde] aan [appellante] meegedeeld:

In geval er geen extra aflossing plaats gaat vinden verandert er aan de huidige hypotheek niets.

3.13. Bij e-mail van 30 juli 2016 hebben [appellanten] aan [geïntimeerde] het volgende meegedeeld:

Wij hebben nog eens ons hypotheekdossier bekeken en constateren dat de maandlast 1.891,37 euro is i.p.v. de door jullie geoffreerde 1.307,30. Dit verschil zou te maken hebben met het feit dat onze woningen nog niet verkocht zijn.

Ondertussen is de woning van [appellante] al enige tijd geleden verkocht en constateren wij geen aanpassing van onze hypotheek. Daarom verzoeken wij jullie onze hypotheek aan te passen en onze maandlast te verlagen. Daarbij vragen wij je ook nog eens ons de onderbouwing te geven hoe de situatie zal zijn als ook de woning van [appellant] verkocht zal zijn. Wij hebben de situatie niet helder en dit geeft ons geen prettig gevoel.

Hierbij verzoeken wij je dan ook schriftelijk een onderbouwing van onze huidige hypotheek (de totstandkoming) te geven, de aanpassing (met terugwerkende kracht) van de hypotheek i.v.m. de verkoop van de woning van [appellante] te regelen en de situatie als de woning van [appellant] verkocht is te laten zien.

De tekst van deze e-mail is opgesteld door de boekhouder van [appellanten] .

3.14. [medewerkster van geïntimeerde] heeft bij e-mail van 19 september 2016 uitleg aan [appellanten] gegeven. [appellanten] hebben daarop bij e-mail van 8 oktober 2016 aan

[medewerkster van geïntimeerde] onder meer meegedeeld:

Tot zover is het duidelijk, alleen wat gebeurt er met de hypotheek als beide woningen verkocht zijn? Dan zou deze toch weer terug gezet kunnen worden? Had daar al eens naar gevraagd toen [appellante] haar huis verkocht was maar dat was dan beter te doen als beide huizen verkocht zouden zijn. Jullie zouden dan een verzoek naar [de naamloze vennootschap] doen om terug te zetten naar de oorspronkelijke zoals afgesproken hypotheek.

[medewerkster van geïntimeerde] heeft vervolgens bij e-mail van 17 oktober 2016 onder meer geantwoord:

Toen de woning van [appellante] is verkocht heb ik ook duidelijk per mail (13 januari 2016) opgevraagd wat jullie met het opgebouwde kapitaal op de Opbouwspaarrekening wilden doen. Hierop kreeg ik een reactie van [appellante] dat zij het saldo van deze rekening al naar haar persoonlijke rekening had laten uitkeren gezien zij dit geld nodig had voor een verbouwing.

- 3.15. Partijen hebben vervolgens nog met elkaar gecorrespondeerd. Bij brief van 24 januari 2017 heeft de advocaat van [appellanten] [geïntimeerde] aansprakelijk gesteld voor schade die zij leden door onjuist of onvolledig advies.
- 3.16. De woning van [appellant] is in 2017 verkocht. Naar aanleiding daarvan heeft Rabobank aan [appellant] en [naam 1] onder meer het volgende meegedeeld:

U heeft uw Rabo OpbouwHypotheek (...) afgelost.

Aan de Rabo OpbouwHypotheek is een Rabo OpbouwSparrekening/Rabo OpbouwEffectenrekening gekoppeld. Wij vernemen graag wat u met deze rekeningen wilt doen.

Beëindigen Rabo Opbouw Sparrekening/Rabo OpbouwEffectenrekening

U kunt de rekeningen beëindigen. Het tegoed op de rekeningen kunt u:

- Laten overboeken naar een privérekening.

(...)

- Inbrengen in een Sparrekening Eigen Woning of een Kapitaalverzekering Eigen Woning bij een andere financier.

De overboeking van het tegoed mag niet via uw privérekening plaatsvinden.

Wij boeken het tegoed rechtstreeks over naar de andere financier.

(...)

Verdere verwerking

U kunt uw keuze aan ons laten weten door het bijgevoegde formulier in te vullen, het formulier te ondertekenen en in de bijgevoegde antwoordenvolp naar ons terug te sturen. Wij maken het dan verder in orde.

(...)

Bijlage: Formulier Afwikkelen Rabo OpbouwSparrekening/Rabo OpbouwEffectenrekening

Daarbij was het Formulier Afwikkelen Rabo OpbouwSparrekening/Rabo OpbouwEffectenrekening gevoegd. Dit formulier had dezelfde tekst als het hiervoor onder 3.11 genoemde formulier.

4 De procedure in eerste aanleg

- 4.1. In de onderhavige procedure vorderen [appellanten] samengevat dat voor recht wordt verklaard dat [geïntimeerde] is tekortgeschoten in het nakomen van zijn verplichtingen uit de tussen partijen gesloten overeenkomst, dat die overeenkomst (gedeeltelijk) wordt ontbonden en dat [geïntimeerde] wordt veroordeeld om € 120.527,00 aan [appellanten] te betalen, te vermeerderen met wettelijke rente, buitengerechtelijke kosten en proceskosten.
- 4.2. [geïntimeerde] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De stellingen en verweren van partijen komen, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde.
- 4.3. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen.

5 De beoordeling in hoger beroep

- 5.1. [appellanten] hebben in hoger beroep tien grieven aangevoerd. Zij hebben geconcludeerd tot het vernietigen van het bestreden vonnis en tot het alsnog toewijzen van hun vorderingen. Daarnaast vorderen zij dat [geïntimeerde] wordt veroordeeld om het bedrag van de proceskostenveroordeling die de rechtbank heeft uitgesproken aan hen terug te betalen, vermeerderd met wettelijke rente.
- 5.2. Het hof behandelt eerst de grieven 1 en 2 voor zover die betrekking hebben op de omvang van de zorgplicht van [geïntimeerde]. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis tot uitgangspunt genomen dat [geïntimeerde] de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moest nemen en dat dit meebrengt dat hij moest handelen zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht. Dat de algemene voorwaarden van [geïntimeerde] een verdergaande zorgplicht inhouden, hebben [appellanten] volgens de rechtbank onvoldoende toegelicht. [appellanten] geven in de toelichting op de grieven 1 en 2 een algemene beschouwing over de zorgplicht van de tussenpersoon en voeren aan dat [geïntimeerde] een verdergaande zorgplicht had, omdat in art. 4.2 van de algemene voorwaarden is opgenomen dat [geïntimeerde] de dienstverlening naar beste vermogen en als een zorgvuldig handelend beroepsbeoefenaar zal uitvoeren.
- 5.3. Van een redelijk handelend en redelijk bekwaam hypotheekadviseur mag de cliënt verwachten dat deze naar beste vermogen en zorgvuldig handelt. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien in welk opzicht [appellanten] op grond van art. 4.2 van de algemene voorwaarden van [geïntimeerde] een verdergaande zorgplicht mochten verwachten dan van een redelijk handelend en redelijk bekwaam hypotheekadviseur mag worden verwacht. In zoverre falen de grieven 1 en 2.
- 5.4. [appellanten] verwijten [geïntimeerde], naar het hof begrijpt, in wezen fouten op twee verschillende momenten. In de eerste plaats stellen zij zich op het standpunt, kort gezegd, dat [geïntimeerde] bij het geven van het hypotheekadvies hen onvoldoende erop heeft gewezen hoe de geruisloze fiscale voortzetting van de bankspaarrekening moest plaatsvinden en hen onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de gevolgen in het geval niet aan de voorwaarden voor een geruisloze fiscale voortzetting zou worden voldaan (grieven 3 en 4). Daarnaast verwijten zij [geïntimeerde] dat hij hen niet onmiddellijk heeft meegedeeld wat zij ten behoeve van een geruisloze fiscale voortzetting moesten doen, toen [appellante] [medewerkster van geïntimeerde] bij e-mail van 4 januari 2016 had geïnformeerd over de verkoop van haar woning, en dat hij hen niet heeft gewezen op de fiscale gevolgen, toen [appellante] [medewerkster van geïntimeerde] bij e-mail van 13 januari 2016 had meegedeeld dat zij het opgebouwde kapitaal aan zichzelf had laten uitkeren (grieven 4, 5 en 6).

- 5.5. De schade waarvan [appellanten] vergoeding vorderen, bestaat volgens hen in het nadeel dat zij lijden, doordat de bankspaarrekening van [appellante] niet fiscaal geruisloos is voortgezet en het annuïtaire leningdeel op haar naam niet meer kan worden omgezet in een bankspaarhypotheek. Deze schade is volgens hen ontstaan door de onder 5.4 genoemde fouten van [geïntimeerde] .
- 5.6. [geïntimeerde] heeft in zijn verweer onder meer aangevoerd dat hij geen onjuist of onvolledig advies heeft gegeven, maar dat [appellanten] zonder overleg en voor hem onverhoeds van het gegeven advies zijn afgeweken. Zij hebben ervoor gekozen om het opgebouwde tegoed op de bankspaarrekening niet in te brengen in de nieuwe hypotheek, maar om daarmee een verbouwing te financieren.
- 5.7. Het hof stelt voorop dat [appellanten] voor het financieren van hun nieuwe woning opnieuw een bankspaarhypotheek wensten en aldus hun bankspaarrekeningen fiscaal geruisloos in de nieuwe bankspaarrekeningen wilden voortzetten. Het advies van [geïntimeerde] gaat van die wens uit. In de offerte van [de naamloze vennootschap] van 12 mei 2014 (zie 3.3) is het voortzetten van de bankspaarrekening onder 9b uitgewerkt en is informatie gegeven over de wijze waarop dit moest plaatsvinden. Daarbij is vermeld dat het tegoed op 1 juli 2014 op de bankspaarrekening van [appellante] € 28.000,00 was en op de bankspaarrekening van [appellant] € 14.250,00, en dat voor [de naamloze vennootschap] uitgangspunt was dat deze tegoeden uiterlijk 1 juli 2014 werden ingebracht in de nieuwe bankspaarrekeningen. Tevens is meegedeeld dat als de opgebouwde tegoeden niet tijdig waren ingebracht, de bankspaarleningdelen zouden worden omgezet in annuïteitenleningen. De vermelde tegoeden zijn tezamen € 42.250,00. In het Persoonlijk Financieel Plan van 23 juni 2014, dat [geïntimeerde] heeft opgesteld (zie 3.4), is dit bedrag van € 42.250,00 opgenomen in het maandlastenoverzicht (bijlage 3) en in het totaaloverzicht hypotheeklasten als eenmalige storting in het jaar 0. In de brief van [de naamloze vennootschap] van 1 augustus 2014 zijn [appellanten] er onder meer op gewezen dat 'de definitieve gegevens van de bestaande polis/rekening en/of het bedrag dat is opgebouwd' nog niet was ontvangen en dat hun Maatschappij/Bank het bedrag op de nieuwe bankspaarrekening moest overmaken (zie 3.5). Omdat de woningen van [appellanten] nog niet waren verkocht en de tegoeden op de bankspaarrekeningen niet in de nieuwe bankspaarrekeningen konden worden ingebracht, zijn de bankspaarleningdelen in het najaar van 2014 omgezet in annuïteitenleningen, zoals eerder was aangekondigd. In dat verband heeft [medewerkster van geïntimeerde] bij e-mail van 12 september 2014 aan [appellanten] onder meer meegedeeld dat op het moment dat de woningen verkocht zijn en de waarde uit de polis vrijkomt, er weer een omzettingsverzoek naar de huidige situatie kan worden aangevraagd (zie 3.6).
- 5.8. In het licht van hun wens om de bankspaarrekeningen fiscaal geruisloos voort te zetten en op grond van de onder 5.7 weergegeven informatie, heeft het voor [appellanten] als gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consumenten duidelijk moeten zijn dat de bankspaarleningdelen samenhangen met het fiscaal geruisloos voortzetten van de bankspaarrekeningen. Evenzeer moest voor hen duidelijk zijn dat zij bij het voortzetten van de bankspaarrekeningen niet over het tegoed op de bankspaarrekening van [appellante] konden beschikken, maar dat dit tegoed moest worden ingebracht in de nieuwe bankspaarrekening van [appellante] , ook als zij niet precies zouden hebben geweten hoe dit in zijn werk zou gaan. [geïntimeerde] heeft daarop ook redelijkerwijs mogen vertrouwen. Het is in dit opzicht niet relevant of de informatie afkomstig was van [geïntimeerde] zelf of van [de naamloze vennootschap] . [geïntimeerde] wist bovendien welke informatie [de naamloze vennootschap] aan [appellanten] had verstrekt.
- 5.9. Ten tijde van de overdracht van haar oude woning heeft [appellante] van Rabobank het verzoek ontvangen om mee te delen wat zij wenste te doen met het tegoed op de bankspaarrekening. Zonder overleg met [geïntimeerde] heeft [appellante] aan Rabobank meegedeeld dat het tegoed naar haar privérekening moest worden overgemaakt en niet naar een andere financiële instelling. Het is aannemelijk dat het betreffende formulier waarop [appellante] haar keus aan Rabobank kon

aangeven, was vergezeld van een begeleidende brief zoals [appellant] die in 2017 van Rabobank ontving, tezamen met hetzelfde formulier, bij gelegenheid van de verkoop en overdracht van diens woning (zie 3.16). [appellanten] hebben dit ook niet gemotiveerd tegengesproken. In die brief van Rabobank is uitdrukkelijk erop gewezen dat het tegoed op de bankspaarrekening kon worden ingebracht in een andere bankspaarrekening en dat in dat geval het tegoed niet via de privérekening mocht worden overgeboekt.

- 5.10. Aan [medewerkster van geïntimeerde] heeft [appellante] vervolgens op 13 januari 2016 laten weten dat zij het tegoed naar haar privérekening had laten uitkeren, 'gezien we het geld straks ook nodig hebben voor verbouwing thuis' (zie 3.12). Uit deze mededeling heeft [geïntimeerde] redelijkerwijs mogen opmaken dat [appellanten] hadden besloten om het tegoed op de bankspaarrekening niet in te brengen in de nieuwe bankspaarrekening, maar te besteden aan een verbouwing. Het valt en viel voor [geïntimeerde] immers niet in te zien hoe [appellanten] in redelijkheid konden menen dat zij de bankspaarrekening - en daarmee de bankspaarhypotheek - nog fiscaal geruisloos konden voortzetten, als zij het tegoed niet inbrachten in de nieuwe bankspaarrekening en dus niet aanwendden ten behoeve van de hypotheek, maar met het tegoed een verbouwing gingen financieren.
- 5.11. [geïntimeerde] heeft uit het bericht van [appellante] tevens redelijkerwijs mogen opmaken dat het tegoed inmiddels was uitgekeerd en dat daarmee de keuze en de onmogelijkheid om alsnog een bankspaarhypotheek te bewerkstelligen, een voldongen feit was. Onder deze omstandigheden bracht de zorgplicht van [geïntimeerde] als redelijk handelend en redelijk bekwaam hypotheekadviseur niet mee dat hij desondanks [appellanten] nog moest waarschuwen voor de gevolgen daarvan ten aanzien van de hypothecaire lening op naam van [appellante]. Hij mocht immers aannemen dat een dergelijke waarschuwing betekenisloos zou zijn. Het hof voegt daaraan toe dat niet aannemelijk is dat een dergelijke waarschuwing ertoe zou hebben geleid dat [appellanten] hadden afgezien van het voornemen om het tegoed voor een verbouwing te gebruiken. Voordat [appellanten] hun keuze maakten, moest het hen immers al duidelijk zijn geweest dat als zij het tegoed gingen gebruiken voor het financieren van een verbouwing, zij het tegoed niet meer zouden inbrengen in de bankspaarrekening en dus niet in de hypotheek, en zij de bankspaarrekening en bankspaarhypotheek dus niet zouden kunnen voortzetten. Dat dit voor hun duidelijk was, kan ook worden afgeleid uit de omstandigheid dat zij kennelijk geen reden hebben gezien om [geïntimeerde] een nadere uitleg te vragen toen [medewerkster van geïntimeerde] op 13 januari 2016 in reactie op het bericht van [appellante] meedeelde dat er aan de huidige hypotheek niets veranderde in geval er geen extra aflossing plaatsvond.
- 5.12. Uit het voorgaande volgt dat onvoldoende is aangevoerd om te oordelen dat het niet-voortzetten van de bankspaarrekening en dus van de bankspaarhypotheek een gevolg is van een onjuist of onvolledig advies of een andere tekortkoming van [geïntimeerde]. Het is een gevolg van een keuze van [appellanten] om het tegoed op de bankspaarrekening niet meer in te brengen in de nieuwe bankspaarrekening en hypotheek, maar te bestemmen voor een ander doel. Het nadeel dat [appellanten] stellen te lijden, is dus niet toe te rekenen aan een fout van [geïntimeerde]. Dit brengt mee dat hun vordering niet toewijsbaar is.
- 5.13. Ten aanzien van het nadeel dat [appellanten] stellen te lijden, overweegt het hof ten overvloede nog het volgende. [appellanten] hebben onder verwijzing naar een brief van [naam 2] van 29 maart 2018 (inleidende dagvaarding, productie 25) hun nadeel begroot op € 117.037,00. [geïntimeerde] heeft echter met goede argumenten aangevoerd dat deze begroting op de volgende punten tekortschiet. Het nadeel dat [appellanten] lijden als zij ervoor kiezen het uitbetaalde tegoed op de oude bankspaarrekening niet aan te wenden voor het extra aflossen van de annuïteitenlening, zal niet aan een beweerde tekortkoming van [geïntimeerde] kunnen worden toegerekend. Bovendien behoort het nadeel te worden vastgesteld door de netto lasten van de bankspaarrekening en de annuïteitenlening met elkaar te vergelijken. Ten slotte behoren [appellanten] hun schade te beperken door het oversluiten van de annuïteitenlening, indien dit mogelijk is. [appellanten] hebben een en ander niet voldoende tegengesproken. Gelet hierop

hebben [appellanten] onvoldoende toegelicht dat hun nadeel uiteindelijk groter is dan € 8.722,00, zoals [geïntimeerde] heeft berekend en toegelicht.

5.14. Bij deze stand van zaken behoeven de grieven niet meer verder te worden besproken. Zij kunnen immers niet leiden tot het vernietigen van het bestreden vonnis.

5.15. Aan het bewijsaanbod van [appellanten] gaat het hof voorbij, omdat geen feiten of omstandigheden te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere beslissing kunnen leiden.

5.16. De slotsom is dat het hof het bestreden vonnis moet bekrachtigen. Dit brengt mee dat de vordering van [appellanten] in hoger beroep tot terugbetaling van het bedrag van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg moet worden afgewezen.

5.17. Het hof stelt [appellanten] in het ongelijk. De proceskosten komen om die reden voor hun rekening. Het hof stelt de proceskosten tot heden aan de zijde van [geïntimeerde] als volgt vast:

- griffierecht € 1.684,00

- salaris advocaat € 4.741,50 (tarief V, 1,5 punt)

totaal € 6.425,50

De nakosten stelt het hof vast, zoals hierna in de uitspraak wordt vermeld.

5.18. [geïntimeerde] heeft gevorderd dat [appellanten] hoofdelijk in de proceskosten worden veroordeeld. Hij heeft echter niet aangevoerd op welke grondslag [appellanten] hoofdelijk jegens hem zijn verbonden, zodat deze vordering op dit punt niet toewijsbaar is.

6 De uitspraak

Het hof:

6.1. bekrachtigt het bestreden vonnis;

6.2. wijst af de vordering van [appellanten] om [geïntimeerde] te veroordelen tot terugbetaling van het bedrag van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg;

6.3. veroordeelt, uitvoerbaar bij voorraad, [appellanten] in de proceskosten, aan de zijde van [geïntimeerde] vastgesteld op:

- € 6.425,50 tot heden,

- € 157,00 aan nasalaris advocaat,

beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na heden tot de dag van betaling,

- € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten bij betekening van het vonnis,

te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de dag van betekening tot de dag van betaling;

Dit arrest is gewezen door mrs. W.J.J. Los, P.W.A. van Geloven en E.H. Pijnacker Hordijk en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 29 september 2020.

griffier rolraadsheer